

## Pressupostos processuais e condições da ação

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Procurador de Justiça — SP — Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Taubaté

### I. Introdução

No momento em que alguém, utilizando-se da garantia constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5.º, inciso XXXV), provoca a atividade jurisdicional do Estado, retirando-o de sua inércia, faz nascer o **processo**.

Inicia-se, então, entre autor, Juiz e, após a citação, réu, uma relação jurídica. Trata-se de **relação jurídica processual**, que tende a se desenvolver até a emissão do provimento jurisdicional.

Tal provimento pode ser de natureza **cognitiva**, representado pela sentença; **cautelar**, que visa à segurança jurídica (1); ou **satisfativa**, consubstanciado nas providências de ordem material visando à satisfação do credor. Temos, pois, os processos de conhecimento, cautelar e de execução.

A análise do fenômeno processual permite a identificação daquilo que a doutrina denomina de **as categorias fundamentais da ciência do processo**: pressupostos processuais, condições da ação e mérito (2).

O mérito se identifica com a **res in iudicium deducta**, ou seja, a relação jurídica do direito material exposta na petição inicial (3). Para o legislador brasileiro, mérito é sinônimo de lide, ou seja, do "conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida" (4).

Não obstante a enorme divergência existente na matéria (5), pode-se afirmar, para efeito deste trabalho, que o mérito está representado pela relação jurídica substancial sobre que incidirá o provimento do juiz.

Assim, quem vai até o órgão jurisdicional, pede determinado provimento a respeito de uma situação da vida, alegando existir, no ordenamento jurídico, regra na qual os fatos narrados se subsumem. As situações fáticas, das quais são extraídas

consequências jurídicas, podem estar previstas na legislação substancial ou processual.

Pode, pois, alguém pleitear o despejo de outrem, alegando que a relação entre ambos está prevista no Código Civil. Da mesma forma, pode o autor pleitear a rescisão de uma sentença transitada em julgado, invocando normas estabelecidas no Código de Processo Civil.

Em síntese: pretende-se afirmar que a atividade jurisdicional no Estado existe para atuar o Direito, pacificando a sociedade. Por outro lado, quem pretenda o provimento judicial deve provocar o exercício da Jurisdição e relatar a situação fática que reclama a atuação do Juiz.

Antes da emissão do provimento sobre o caso concreto, porém, é preciso verificar a presença de determinados requisitos, sem os quais não pode o Juiz sequer examinar a situação deduzida.

Existem, portanto, requisitos para que a atividade jurisdicional atinja o seu escopo de atuação da vontade concreta da lei, com a pacificação social. São os pressupostos processuais e as condições da ação (6).

Muito embora a distinção entre pressupostos processuais e condições da ação seja aceita pela unanimidade da doutrina pátria, tanto que acolhida pelo próprio legislador, não se vê tanta concordância nos autores alienígenas.

Alguns confundem os institutos, tratando-os indistintamente como requisitos do direito à tutela jurídica (7).

Na Itália, em diversas oportunidades o legislador sujeita a propositura da ação a determinados requisitos específicos. A jurisprudência tem considerado essas condições de forma genérica, sem procurar classificá-las dentro de uma ou outra categoria. Trata-as como condições de propositura, de procedibilidade ou de desenvolvimento, sem se preocupar com a distinção conceitual entre condições da ação e pressupostos processuais (8).

Segundo, todavia, a orientação predominante no Brasil, procurar-se-á identificar cada uma dessas categorias.

### II. Pressupostos processuais

A concepção dos pressupostos processuais tem origem na obra de Oskar Von Bülow, cujos conceitos vêm sendo repetidos e aprimorados pela doutrina processual (9).

Em resumida abordagem, pode-se afirmar que, para ser alcançada a tutela jurisdicional, há necessidade de que a relação jurídica processual, iniciada por provocação da parte interessada, esteja apta a desenvolver-se regularmente. Temos, pois, uma das categorias fundamentais do direito processual: os pressupostos processuais.

Duas são as tendências na doutrina, a respeito do tema. A primeira inclui nos pressupostos processuais todos os requisitos necessários ao nascimento e desenvolvimento válido e regular do processo (10).

Segundo essa visão, os pressupostos processuais podem ser objetivos e subjetivos. Os objetivos, por sua vez, se subdividem em positivos (petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental) e negativos (litispendência, coisa julgada e perempção). Os subjetivos dizem respeito ao Juiz (investidura, competência e

imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória).

Somente se presentes tais requisitos, a relação processual teria condições de se desenvolver validamente, até o provimento final sobre o caso concreto, sobre a relação material (11).

A outra tendência apresenta visão mais restritiva dos pressupostos processuais. Seriam estes apenas os requisitos para a constituição de uma relação processual válida, quais sejam, o pedido, a capacidade de quem o formula e a investidura do destinatário (12). Pressupostos estariam restritos, portanto, apenas aos requisitos para o nascimento de um processo válido. Se, por qualquer motivo, não for possível a emissão do provimento sobre o caso concreto, o juiz extinguirá o processo, isto é, colocará fim a algo que nasceu validamente, mas não pode desenvolver-se.

Pressupostos processuais, nessa visão restrita, seriam os requisitos mínimos para a existência de um processo válido, de uma relação jurídica regular, sem qualquer nexo com a situação de direito material deduzida na demanda.

A grande vantagem dessa posição consiste exatamente em ressaltar a autonomia da relação processual frente à de direito substancial. Aquela teria seus requisitos básicos, fundamentais, que não guardam qualquer elo com esta última.

Em resumo, para a corrente restritiva, devemos conceber os pressupostos processuais independentemente da relação material. Por isso, incorreta seria a afirmativa de que eles se constituem nos requisitos necessários a que o processo possa se desenvolver até o provimento sobre o caso concreto.

À primeira vista, poder-se-ia concluir que o próprio nascimento do processo estaria subordinado a determinados requisitos. O ajuizamento da ação seria o ato necessário a que a relação processual se constitua. Essa propositura consiste na declaração de alguém, dirigida ao órgão jurisdicional. Mais nada seria necessário ao nascimento do processo (13).

Haveria, pois, requisitos para a existência da relação jurídica. Não se pode imaginar, por exemplo, que um pedido dirigido a órgão não investido de jurisdição faça nascer um processo.

Vale ressaltar, todavia, que, mesmo a inexistência de alguns pressupostos, considerados pela doutrina como necessários ao nascimento da relação processual, deve ser declarada no curso do processo. É o caso do ajuizamento de demanda após o falecimento do autor, sem que o advogado tenha conhecimento do fato; ou da atuação jurisdicional *ex officio*. Nessas hipóteses, haverá de ter um pronunciamento do juiz, reconhecendo a ausência desses requisitos (13A).

Resta saber se, não reconhecido o vício, teríamos um processo nulo ou inexistente, visto que diversas são as consequências.

Iniciado o processo, este só vai se desenvolver regularmente se estiverem presentes outros elementos, denominados pressupostos de validade e que se referem às partes, ao juiz e à demanda (14).

O desenvolvimento do processo, até o provimento final do juiz, depende do atendimento a determinadas regras procedimentais, cuja não observância poderá até pôr fim à relação (15). Exatamente por isso, alguns entendem que os pressupostos de validade são, na verdade requisitos para propiciar o exame do mérito (16).

Não obstante a polêmica e a necessidade de se ressaltar a autonomia da relação processual, não se pode perder de vista que o processo é um instrumento, o que

justifica sua análise à luz da relação substancial. A aceitação dos pressupostos de validade do processo, isto é, dos requisitos necessários ao provimento final, atende à perspectiva instrumentalista da ciência processual.

Assim, pode-se afirmar que existem pressupostos de existência e de validade do processo. Sejam estes últimos considerados como pressupostos processuais de desenvolvimento, sejam eles tratados como a segunda categoria de requisitos para que a jurisdição atinja seu escopo (17), a verdade é que, para emitir o provimento final sobre o caso concreto, o juiz necessita que o processo se desenvolva sem vícios.

### III. Condições da ação

1. **Considerações iniciais** — Três são as respostas possíveis a um pedido formulado por alguém ao órgão jurisdicional:

a) O Juiz limita-se a verificar a inexistência de um requisito de desenvolvimento do processo e, se não sanado o vício, põe fim à relação processual. Trata-se de análise limitada a aspectos puramente processuais, sem qualquer nexo com a relação jurídica de direito material (cfr. C.P.C., arts. 284, 267, I, II, III, IV, e V).

b) Superada a fase exclusivamente processual, deve o Juiz examinar, em tese, o pedido do autor, isto é, sem se preocupar com a veracidade ou não dos fatos que o fundamentam. Limita-se o magistrado a apreciar a pretensão, à luz do direito objetivo. Circunscreve-se tal análise à "premissa maior", aos fundamentos de direito da ação. Com base nesse exame, considerando tão-somente os elementos da ação tal qual expostos na inicial, poderá o juiz rejeitá-la, ou porque a pretensão não é admissível pelo ordenamento jurídico, ou porque quem o formula não tem qualidade para tanto, ou, finalmente, em razão de a prestação jurisdicional não ter qualquer utilidade para o postulante.

Convém ressaltar que essa verificação é feita à luz daquilo que o autor alega na inicial, não se sabendo ainda se os fatos são verdadeiros (18).

c) Após a análise da premissa maior, passa o magistrado a verificar os fundamentos de fato do pedido, ou seja, a premissa menor. Aquele juízo hipotético feito anteriormente, transforma-se em juízo real. Os fatos que fundamentam o pedido admissível *em tese*, postulado por aquele que *em tese* é o titular do direito e que, *em tese* necessita da jurisdição, são verdadeiros? O direito subjetivo efetivamente existe? Se provados os fatos, o pedido do autor será acolhido, obtendo ele um provimento favorável; caso contrário, o Juiz o rejeitará.

Consideradas essas colocações, três indagações são possíveis:

1. em qual desses momentos terá ocorrido o exercício da ação?
2. as chamadas condições da ação somente são examinadas em face da afirmação do autor ou podem depender de dilação probatória? (19)
3. quando terá o juiz analisado o mérito? (20)

Todas essas indagações estão relacionadas a outra categoria fundamental do processo, que são as condições da ação; adotadas integralmente pelo legislador brasileiro, representam uma variação da teoria abstrata.

Segundo essa construção, os denominados abstratistas puros, para quem a ação confunde-se com o direito de acesso ao Judiciário, sem qualquer elo com o caso concreto, não levam em conta o caráter instrumental do instituto. Ação é o direito (ou poder) de provocar a Jurisdição e obter um provimento sobre o caso concreto.



Desvinculá-lo completamente da relação substancial significa tomar a ação como instituto vazio, não dotado de **instrumentalidade**.

O direito processual de ação é, pois, aquele que propicia ao Juiz atingir o escopo da atividade jurisdicional do Estado, qual seja, a pacificação social mediante a atuação da lei ao caso concreto. A atuação verifica-se sempre que o provimento jurisdicional é proferido.

Essas idéias serão melhor desenvolvidas a seguir.

**2. O direito processual de ação** — Como já visto, somente se concebe o direito de ação conexo a um caso concreto. Já se afirmou um outro estudo que a ação deve ser entendida como o poder de provocar a atividade jurisdicional para que esta atinja seu escopo (21).

Essa construção, cujas idéias fundamentais se devem ao saudoso processualista Enrico Tullio Liebman, tem a grande vantagem de examinar o poder de ação pelo prisma da **instrumentalidade**, método de análise dos institutos processuais plenamente consagrado pela moderna ciência processual (22).

Não se pode admitir a ação como um poder absolutamente genérico, sem qualquer ligação com uma situação de vida sobre que incidirá o provimento judicial. Deve tal poder estar voltado para o resultado da atividade jurisdicional, ou seja, para a atuação da norma a um caso concreto, com a natural pacificação social. Essa coordenação entre o processo e o direito substancial não pode ser esquecida (23).

Daí por que se reproduz aqui entendimento exposto alhures: "Para que exista a ação, portanto, é preciso que o comportamento do sujeito esteja ligado a um caso concreto. A parte tem o poder de movimentar a máquina judiciária para atender a um interesse seu. Mas essa máquina vai funcionar visando à atuação do direito objetivo. E se tal ocorrer, quer para dar razão ao autor, quer para dar razão ao réu, o direito processual de ação foi exercido. Essa concepção não contém aquele autoritarismo apontado pelos concretistas na teoria abstrata. O poder de ação não pertence a todos indistintamente, mas somente àqueles que estejam ligados a uma relação de direito substancial (legitimação). E a tutela desse interesse não pode ser vedada em abstrato pelo ordenamento jurídico (possibilidade jurídica da demanda), bem como o pedido de proteção jurisdicional deve ser feito apenas quando realmente necessário, utilizando-se o interessado do meio adequado (interesse). Apenas se atendidas todas essas condições, que representam exatamente a ponte de ligação entre o direito material e o processual, estará presente a ação. (...) A autonomia do direito de ação é relativa. Não se pode falar em absoluta independência de um instituto processual, em relação ao direito material, pois o direito processual não tem um fim em si mesmo. Sua finalidade é promover a realização prática do direito substancial. Embora o poder de provocar a Jurisdição esteja previsto na Constituição e seja atribuído a todos, sua relevância para o direito processual existe somente quando ele funciona como instrumento de atuação do direito material.

Conclui-se, portanto, que, como a Jurisdição tem por objetivo a manutenção do ordenamento jurídico, mas, por razões práticas ou políticas, é inerte, necessita de alguém para movimentá-la, possibilitando que sua finalidade seja alcançada. O poder de fazer com que o ordenamento jurídico seja atuado chama-se ação" (24).

Não se nega o caráter abstrato da ação, que, aliás, é corolário de sua autonomia (25). Isso não quer dizer, porém, seja ela absolutamente isolada da relação material trazida para apreciação do Juiz (26). É necessário relacionar ação a direito substancial, para conferir àquela a necessária visão instrumentalista; hoje consagrada pela doutrina processual (27).

**3. A garantia constitucional da ação** — Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, XXXV, que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Trata-se da garantia constitucional do poder de ação.

A norma em análise assegura não somente o acesso ao Judiciário, mas também uma resposta ao pedido formulado. Não apenas uma resposta genérica, como costumam afirmar aqueles que vislumbram no dispositivo o mero direito de petição ou de demanda, isto é, o direito cívico de pretender do Estado a tutela jurisdicional como pressuposto constitucional do verdadeiro direito processual de ação, mas despidido de relevância para o processo (28).

A Constituição assegura, na verdade, não só o direito de acesso ao Judiciário, mas o próprio direito processual de ação, isto é, o poder de se obter um provimento jurisdicional sobre determinada situação concreta. E o exercício desse direito subordina-se a determinadas regras, de natureza infraconstitucional (29).

Em síntese, o direito processual de ação, como direito ao provimento jurisdicional, com todas as garantias a ele inerentes, é assegurado constitucionalmente. Mas o exercício desse poder está sujeito a determinadas regras previstas na legislação ordinária.

Daí a noção de pressupostos processuais e de condições da ação, que representam os requisitos necessários a que o órgão jurisdicional possa satisfazer o direito de ação, fornecendo a prestação jurisdicional pleiteada.

Enquanto os pressupostos processuais são requisitos atinentes ao processo, as chamadas condições da ação são examinadas à luz da relação jurídica substancial.

Dessa conclusão resulta importante consequência prática: qualquer restrição injustificada, feita pelo legislador infraconstitucional, à obtenção do provimento jurisdicional constitui violação à garantia da ação, assegurada pela Carta Magna (30). Assim, o dispositivo constitucional não se refere apenas ao acesso à Jurisdição, mas também ao direito ao provimento sobre determinada situação material (31).

**4. Visão instrumentalista das condições da ação** — O processo se inicia com o exercício da demanda, proposta por quem possua poder para tanto (32).

Segundo a regra constitucional já examinada, qualquer pessoa pode provocar a atividade jurisdicional do Estado, buscando a tutela para seus interesses. É claro que todos podem propor demandas, desde que estejam em condições de exercer seus direitos, isto é, sejam capazes. Se assim não for, a ação é intentada através de representante legal.

A propositura da demanda perante o Juiz, por quem tenha capacidade, visando à tutela de um interesse, dá início à relação processual.

Mas o processo assim iniciado pode ter fim sem exame do mérito, ou seja, apenas com um pronunciamento sobre os requisitos necessários ao provimento jurisdicional.

Podem eles referir-se ao processo ou à demanda. Temos, então, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Quanto a estas, pretende-se demonstrar a necessidade de examiná-las à luz do hipotético acolhimento da demanda (33).

Assim, existe um poder, do qual todos são dotados: o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado, visando a obter um provimento sobre determina-

da situação concreta. Para o exercício desse direito, basta que alguém narre determinada situação e postule um provimento sobre ela.

É possível que o juiz sequer a analise, visto que ausente um dos requisitos necessários ao desenvolvimento da relação jurídica processual (34).

Também é possível que o juiz examine determinados elementos da relação substancial apresentada pelo autor, sem se aprofundar na cognição. A análise desses elementos deve ser feita à vista do afirmado na inicial, pois permitirá ao magistrado, desde logo, impedir o desenvolvimento de um processo inútil. Trata-se, aqui, das chamadas condições da ação (35).

Devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar ao exame do mérito, sem que a cognição do juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*. Apenas por exceção se concebe a análise das condições da ação após esse momento: é que algumas vezes não há elementos para que tal ocorra naquele instante. Desde que a cognição permaneça nos limites formulados (análise em tese, no condicional), permanecerá no âmbito das condições da ação.

Em princípio, portanto, essas condições estão diretamente relacionadas com o momento procedimental da propositura da demanda. Devem ser analisadas à luz da afirmação do direito substancial, abstraindo-se de sua efetiva existência (36). Reside aí a grande vantagem da concepção dessa categoria processual, que se coloca entre o processo e a relação material, pois se impede o prosseguimento inútil da relação processual. Consiste aplicação incontestada do princípio da economia processual e é consequência do método instrumentalista de estudo dos institutos processuais.

Dessa forma, as condições da ação, além de estabelecerem o necessário nexo entre o direito processual e o direito material, são fator de economia, pois permitem a interrupção do processo quando, à luz da situação material que embasa o pedido do autor, o provimento pleiteado não se mostre viável (37).

Feita essa análise inicial, pode o juiz concluir que, à primeira vista, o processo tem condições de prosseguir e culminar com a prolação do provimento jurisdicional. Procederá, então, à cognição completa da relação material, para acolher ou rejeitar o pedido. Se, no curso do processo, ficar evidenciado, mediante cognição não exauriente, que o exame mais profundo da relação material será inútil, o juiz poderá extingui-lo sem essa cognição completa.

O problema, afeto à política legislativa, é estabelecer qual dessas decisões se tornará imutável: só a que resultar de cognição profunda, completa, ou ambas, mesmo a que se limitou ao exame, em abstrato, de um dos elementos da relação material.

Não se pode negar que essa análise feita em abstrato está próxima do mérito, mas não chega a uma cognição sobre a efetiva ocorrência dos fatos alegados (38).

**5. Possibilidade jurídica da demanda** — A demanda apresenta-se juridicamente possível sempre que inexistir, no ordenamento jurídico, vedação ao provimento jurisdicional decorrente de um dos elementos da ação (partes, pedido ou causa de pedir) (39).

Na medida em que, pelo menos no âmbito civil, a tipicidade dos modelos abstratos é vaga e indefinida, não se deveria conceber essa condição da ação em termos afirmativos, como existência de previsão legal. A falta dessa previsão nem sempre levará à exclusão, pelo ordenamento, da pretensão do autor. Sugere a

doutrina mais autorizada a adoção de fórmula negativa: apenas quando o legislador, em abstrato, veda a pretensão, existe carência da ação por impossibilidade jurídica (40).

Se, todavia, entendermos que a possibilidade jurídica decorre da afirmação do fato pelo autor e de sua coincidência com o modelo legal abstrato, é possível concluir, em determinadas hipóteses, pela ausência dessa condição, ainda que inexistente vedação no ordenamento jurídico. E sem que essa conclusão implique julgamento de mérito. Basta que se atenha àquilo que foi **afirmado** na inicial (41).

A doutrina estrangeira formula exemplos a respeito: alguém pede a resolução de um contrato, por não ser mais conveniente sua continuação; alguém pede o ressarcimento de um dano, fora das hipóteses de responsabilidade objetiva, reconhecendo a não culpa do réu (42).

Poder-se-ia argumentar que a inicial é inepta, visto que dos fatos não decorre logicamente o pedido. Mas, toda vez que a impossibilidade jurídica é manifesta, essa conclusão se apresenta possível. Se assim é, o indeferimento da inicial dar-se-ia sempre pelo fundamento do artigo 295, parágrafo único, II. Resultaria, daí, a absoluta inutilidade do inciso III, pois jamais a inicial seria indeferida por falta dessa condição (43).

Assim, a possibilidade jurídica pode ser concebida também em termos afirmativos, como existência de regra que contemple, em abstrato, o direito postulado na inicial. De qualquer modo, tanto a exclusão expressa da consequência pretendida quanto a mera ausência de previsão legal devem ser aferidas *prima facie* para configurar condição da ação. Em ambos os casos, se a impossibilidade não decorre da relação material, tal como exposta na inicial, a análise do juiz implicará julgamento de mérito (44).

Imagine-se, por exemplo, que alguém formule pedido de adoção de pessoa com trinta anos de idade. Se as circunstâncias do caso estiverem descritas na inicial, o juiz poderá, de plano, indeferir-la (CPC, art. 295 parágrafo único, III, c.c. Lei n.º 8.068, de 13.07.90, art. 40).

Conclui-se, daí, que, toda vez que o legislador exige determinados requisitos para a obtenção de um bem da vida, está afirmando, **a contrario sensu**, que ante a ausência de qualquer deles o pedido é juridicamente impossível. Se tal situação já vier expressa na inicial, será caso típico de impossibilidade jurídica da demanda pela causa de pedir. Caso o autor narre fatos que, em tese, preenchem os requisitos legais, deve o juiz proceder à instrução para verificar sua efetiva existência, acolhendo ou rejeitando o pedido.

A impossibilidade jurídica configura, sem dúvida, uma **improcedência evidente** da demanda. Esse resultado, todavia, é consequência de uma cognição feita, em tese, no condicional, sem verificar se os fatos efetivamente ocorreram. Por isso, a decisão não toca o mérito propriamente dito. Trata-se de mecanismo imaginado pela doutrina e adotado pelo legislador, para permitir a extinção liminar de uma demanda inviável. Em face da cognição sumária e superficial aí verificada e por política legislativa, opta-se por não dotar os efeitos dessa sentença de imutabilidade (45).

**6. Interesse processual** — Para se obter o provimento judicial, não basta a afirmação da titularidade de uma situação jurídica substancial. É necessário verificar a efetiva utilidade do provimento não só para quem o postula mas também para o alcance do escopo da atividade jurisdicional que é a pacificação social (46).



A utilidade do provimento pode ser aferida pela necessidade da atividade jurisdicional e pela adequação do procedimento e do provimento desejados. Em certos casos, dada à inutilidade manifesta do provimento, nem é necessário recorrer a esses indicadores (47).

Muitas vezes a necessidade da tutela jurisdicional verifica-se com a mera alegação de incidência da hipótese legal, na medida em que inexistente outro meio de se obter o resultado pretendido. São as chamadas ações constitutivas necessárias (p. ex., anulação de casamento), em que a atividade jurisdicional constitui a solução primária para a pretensão (48).

Há casos, porém, onde a solução extrajudicial é perfeitamente possível, somente sendo necessário o recurso ao órgão jurisdicional quando a atuação da lei não se verifica voluntária e espontaneamente. O autor não precisa, é claro, provar tal circunstância, basta alegá-la (49).

Na primeira hipótese, para a existência do interesse, é suficiente que o autor narre, na inicial, determinados fatos que, em tese, autorizem a providência postulada. Apenas essa circunstância já permite que o Juiz verifique a necessidade e a adequação do provimento, pois a via judicial é a única possível.

Tratando-se, porém, da segunda hipótese, deve o autor também esclarecer porque não se verificou a solução extrajudicial do conflito de interesses. Nesse caso, poderá o réu, na contestação, impugnar o interesse, alegando estar disposto a satisfazer a pretensão voluntariamente.

Assim, nas ações constitutivas necessárias, o interesse resulta da descrição dos fatos que autorizem a solução postulada. Nas demais, deve o autor esclarecer também as circunstâncias da não atuação espontânea da norma substancial.

Ao contrário do que pode parecer, quando se fala em inadimplemento como elemento integrante do interesse processual, não se está adentrando ao mérito. Trata-se de condições da ação, na medida em que é o inadimplemento **afirmado** na inicial e não o declarado pelo Juiz (50).

O legítimo interesse processual consiste, pois, na necessidade de tutela jurisdicional adequada. Nasce com a violação do direito, com a dúvida a seu respeito ou com um fato que propicie sua modificação. A necessidade é aferida pela **afirmação desses fatos na inicial** (51).

Essa situação será examinada pelo Juiz, para verificar sua efetiva existência, ocorrendo, então, o pronunciamento sobre o mérito. O interesse de agir deve ser aferido, em princípio, antes da dilação probatória.

A posição aqui sustentada abranda a dificuldade que a doutrina encontra para identificar o dado caracterizador do interesse. Ele estará presente sempre que o autor **afirmar** a existência de determinado fato ensejador do provimento por ele pleiteado. A efetiva ocorrência desse fato é problema de mérito. Ressalte-se, novamente que, em determinados casos, a desnecessidade do provimento judicial é revelada pelo réu, na contestação. Desde que a cognição do Juiz se limite a esse elemento, ainda se estará no âmbito das condições da ação (52).

Deve-se considerar, por outro lado, que a descrição de um fato sem conexão lógica com o pedido configura inépcia da inicial (CPC, art. 295, parágrafo único, II). Como a falta de interesse também pode dar margem ao indeferimento (CPC, artigo 295, III), haveria redundância do Código.

Nada impede, todavia, que a desconexão entre o fato e o pedido revele exatamente a falta de interesse. Assim, por exemplo, se alguém cobra dívida não

vencida ou já paga, declarando essa circunstância na petição. Poder-se-ia argumentar que se trata de inépcia da peça. Mas, então, quando poderia ocorrer hipótese de indeferimento da inicial por falta de interesse? Jamais, visto que sempre se estará diante de fato do qual não decorre o pedido.

Diante disso, ou a falta de interesse, quando manifesta, configura inépcia sempre, o que levaria à total inutilidade do artigo 295, III, ou se admite certa redundância do legislador, pois determinadas situações podem se amoldar a qualquer dos dois incisos (53).

Oportuno ressaltar, ainda, que o interesse processual nas ações típicas necessárias cujos pressupostos de fato são precisamente indicados na lei, tem significado mais sistemático. Basta que entre os fatos e o pedido descritos na inicial exista coerência lógica. O mesmo não ocorre com as atípicas, em que a pretensão pode ser satisfeita espontaneamente, devendo o Juiz verificar se o recurso à Jurisdição é efetivamente necessário (54).

Por último, vale a lembrança de que, para alguns, a dedução de determinada obrigação não cumprida pelo devedor configura pressuposto do processo jurisdicional (55).

**7. Legitimidade "ad causam"** — A apuração da legitimidade "**ad causam**" depende daquilo que a doutrina denomina de **situação legitimante**, isto é, a situação com base em que se determina qual o sujeito que, em concreto, pode e deve praticar certo ato. Dela decorre a **situação legitimada**, ou seja, o poder, a faculdade ou o dever que, em consequência, vem a pertencer ao sujeito.

Pretende-se que a situação legitimante seja aquela apresentada na petição inicial (56).

O direito afirmado deve pertencer àquele que propõe a demanda e ser exigido do sujeito passivo da relação material exposta. A ausência dessa coincidência tanto no aspecto ativo, quanto no passivo, já possibilita ao Juiz a conclusão de que não importa se os fatos narrados são verdadeiros ou falsos, pois o suposto direito não pertence ao autor ou não é exigível do réu. Não se tratando daquelas hipóteses em que o legislador admite que alguém, em seu nome, exerça direitos alheios (substituição processual), seria completamente inútil o prosseguimento do processo, pois não poderia o magistrado emitir provimento sobre a situação concreta. (57).

Se a verificação da legitimidade dependesse da efetiva existência da relação material, sua apuração somente seria possível com a análise do mérito, o que não se apresenta correto. O problema da legitimidade deve ser resolvido em face da relação substancial, tal como o autor a apresenta (58).

Assim, é necessário coordenar a **afirmação** do autor quanto à situação substancial preexistente e a legitimização das partes.

A situação legitimante é aquela em que deve encontrar-se o sujeito, para ser titular de um poder (legitimidade ativa) ou destinatário de efeitos (legitimidade passiva). Não pertence a todos que possuam capacidade mas somente àqueles que se inserem na situação substancial **afirmada** pelo autor, isto é, a relação jurídica material em que as partes se inserem. Depende da ligação com a situação substancial deduzida no início do processo. A situação de direito material ingressa no processo pela inicial, tal como formulada pelo autor, tornando-se a **hipótese de trabalho** dos sujeitos do processo (59).

A necessária coordenação entre o processo e o direito material se faz, num primeiro momento, pela **afirmação** da relação substancial que originar o direito e a

obrigação alegados. Essa afirmação feita na inicial é que legitima as partes ao provimento final (60).

A vinculação entre o direito e o processo pressupõe, pois, a **asserção** daquele na inicial, configurando a situação legitimante. A ação não está vinculada à existência do direito material, mas à mera situação legitimante (61).

Para verificar a legitimidade, portanto, o Juiz deve considerar a relação jurídica **in statu assertionis**, abstraindo da sua efetiva existência. Raciocina o magistrado, por hipótese, no condicional, admitindo, provisoriamente, a veracidade dos fatos alegados. A efetiva existência desses fatos constitui mérito e será examinada com base na prova produzida (62).

Pelos mesmos argumentos já expostos, não se vislumbra dificuldade no fato de a legitimidade manifesta poder configurar a hipótese do artigo 295, parágrafo único, II do Código de Processo Civil. A inicial deve ser indeferida com base nesse dispositivo, apenas se a desconexão entre os fatos e o pedido não decorrer da impossibilidade jurídica da demanda, da falta de legítimo interesse ou da ilegitimidade. Conclusão contrária levaria a absoluta inutilidade dos incisos que permitem o indeferimento por esses motivos, pois sempre estaria caracterizada a inépcia por não correspondência lógica entre os fatos e o pedido (63).

Assim, se o autor deduz na inicial relação jurídica entre A e B, pedindo a condenação do réu em favor do suposto credor (A); ou se o pai propõe ação de separação para extinguir relação conjugal da filha e do genro, o Juiz deve pôr fim ao processo por ilegitimidade de parte.

Nesses casos, a relação jurídica de direito material não será examinada, pois o autor não pode pleitear, em nome próprio, o provimento jurisdicional sobre aquela pretensão.

Agora, caso o autor peça a condenação do réu, em razão de determinada relação jurídica substancial, mas se verifica na instrução que outro é o credor, o pedido é **improcedente**. Trata-se do mérito da causa, pois o Juiz afirmará a inexistência do direito alegado na inicial, já que não comprovada a veracidade dos fatos narrados na inicial (**causa petendi**). Os fatos são outros, diversos daqueles expostos pelo autor (64).

Também nas demandas em que se pleiteia indenização por acidente de automóvel, se o autor alega possuir direito contra o réu, **porque ele, agindo culposamente deu causa ao acidente (causa de pedir, fatos constitutivos da relação jurídica material)** e depois se apura que, naquela data, o carro não mais pertencia ao réu, deve o Juiz dar pela **improcedência**. O autor não tem direito subjetivo **porque a relação substancial**, os fatos por ele descritos na inicial, não se verificaram. Não se trata, pois, de carência por **ilegitimidade passiva**.

Inépcia da inicial nós teremos se A deduzir relação jurídica entre B e C, pleiteando a condenação do réu (C) a satisfazer a obrigação em seu benefício (A). Da narração dos fatos (causa de pedir) não decorre o pedido: se a relação material é entre B e C, A não tem qualquer vínculo jurídico com C; não pode, portanto, formular pedido que não decorre logicamente dos fatos por ele narrados.

Em síntese: a legitimidade **ad causam** deve ser aferida na petição inicial, inexistindo qualquer óbice legal ou doutrinário a essa conclusão. Seu exame se dá **in statu assertionis**, o que a difere da efetiva existência do direito a favor do autor, circunstância a ser apurada na instrução (65).

**8. Conclusão** — De todo o exposto, conclui-se que são três as categorias fundamentais do processo: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Os pressupostos processuais são os requisitos necessários a que o processo atinja seu objetivo, seu escopo.

Quanto ao direito processual de ação, não se confunde ele com o mero direito de acesso ao Judiciário, muito embora ambos tenham assento na Constituição. O direito processual de ação é aquele cujo objeto é o provimento jurisdicional e está subordinado a determinadas condições. As condições da ação devem, em princípio, ser analisadas à luz da petição inicial. Se a cognição do Juiz se aprofundar, visando à verificação da efetiva existência dos fatos narrados, teremos exame do mérito.

Embora as condições da ação e o mérito estejam próximos, não se confundem (66). Aquelas constituem o elo **necessário** e **possível** entre essas categorias fundamentais do processo: ação e mérito. Mas essa ponte não pode ser muito estreita, pois acabaria levando a verdadeira identificação entre ambos.

Por isso, a cognição do Juiz deve limitar-se a uma análise hipotética do afirmado na inicial (67). A dilação probatória vai implicar, pois, a análise da relação material deduzida na inicial, que será considerada existente ou não. Isso é mérito.

## Notas

(1) Cfr. Galeno Lacerda, REPRO, pág. 187.

(2) Cfr. Ada P. Grinover, As condições, pág. 5.

(3) Segundo Dinamarco, “é a pretensão que consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa ditar uma providência relativa à situação trazida de fora do processo e, assim, eliminar a situação tensa representada pela pretensão” (Fundamentos, pág. 203).

(4) Cfr. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, II. Conhecidas são as críticas dirigidas ao conceito de lide formulado por Carnelutti. Liebman considera a formulação eminentemente sociológica, visto que o conflito pode não estar inteiramente reproduzido no processo. Calamandrei lembra que a lide não é essencial ao processo, na medida em que este pode ser necessário (cfr. a respeito Bedaque, Poderes, pág. 11).

(5) Cfr. Dinamarco, Fundamentos, pág. 182 e ss.; Watanabe, Da cognição, págs. 71/82.

(6) Vidigal, Pressupostos, pág. 9.

(7) Para Ricardo Reimundin são estes os requisitos: a ação, a capacidade das partes, a competência do juiz e a necessidade da tutela, sendo prescindível a existência de um direito subjetivo material: “basta la existência de um interés legítimo y actual para obtener la tutela jurisdiccional” (Los conceptos, pág. 40). Verifica-se que o autor coloca na mesma categoria pressupostos processuais e condições da ação.

(8) “è da notare che in relazione ai temi affrontati, la giurisprudenza ha da una parte rifiutato di fare riferimento alle nozioni dogmatiche di ‘presupposti processuali’, e di ‘condizioni dell’azione’ e dall’altra, rivendicando che ‘sono le categorie scientifiche e gli inquadramenti sistematici che devono adeguarsi alle leggi e non viceversa’, ha parlato di ‘condizioni di proponibilità, di condizioni di procedibilità e di perseguibilità’” (Giuseppe Cherardelli, Note, págs. 96/97). Informa o autor que



essa posição assumida pela jurisprudência italiana tem como motivo, entre outros, a dificuldade em distinguir tais noções (cfr. ob. cit., pág. 98).

(9) Sobre o pensamento de Bülow e a evolução doutrinária a respeito dos pressupostos processuais, v. Hélio Tornaghi, *A relação processual*, págs. 66 e ss.; Ada P. Grinover, *As condições*, págs. 15 e ss.; Dinamarco, *Fundamentos*, págs. 12 e ss. e 52/54.

(10) Trata-se da chamada corrente ampliativa dos pressupostos processuais, representada no Brasil por Moacyr Amaral Santos (cfr. *Primeiras Linhas*, págs. 275/276).

(11) Cfr. ainda Galeno Lacerda, *Despacho*, págs. 60 e ss. Também Humberto Theodoro Júnior fala em pressupostos de formação e pressupostos de desenvolvimento do processo. Depois, sem distingui-los, trata dos subjetivos (capacidade das partes, competência e capacidade postulatória) e dos objetivos, referentes ao processo em si (observância da forma, existência de procuração, inexistência de qualquer outro ato que impeça o desenvolvimento eficaz do processo) (cfr. *Pressupostos processuais*, pág. 44). Em face do disposto no art. 37, parágrafo único, do CPC, Arruda Alvim inclui a capacidade postulatória entre os pressupostos de existência do processo (cfr. *Manual*, pág. 288).

(12) Cintra, Ada e Dinamarco apresentam a seguinte fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo (cfr. *Teoria geral*, pág. 25; v. tb. Ada P. Grinover, *As condições*, págs. 18/22; Vidigal, *Pressupostos processuais*, pág. 9).

(13) Cfr. Vidigal, *Pressupostos*, pág. 8. Para a existência de uma relação processual basta que alguém se dirija ao órgão jurisdicional e solicite um provimento. Daí afirmar Tornaghi que os pressupostos de existência são a demanda judicial, a jurisdição e as partes (cfr. *A relação*, pág. 73). Anote-se, apenas, que para a existência de um processo basta a presença do autor. Antes mesmo da citação, já se pode falar em processo.

(13A) Cfr. Barbosa Moreira, *Sobre os pressupostos*, pág. 91.

(14) Cfr. Tornaghi, *A relação processual*, pág. 73.

(15) Segundo Tornaghi, enquanto a falta dos pressupostos de existência impede o próprio nascimento do processo, “a carência dos pressupostos de validade acarreta e obsta a que o juiz chegue à decisão de mérito enquanto o vício não for sanado, se sanável” (*A relação processual*, pág. 74).

(16) Assim, conclui Ada P. Grinover: “somente quando se correlacionar, de modo não justificável a nosso ver, a relação processual com o exame do mérito, é que se podem erigir os requisitos para o exame deste em requisitos para a válida constituição da relação processual” (*As condições*, pág. 21).

(17) Cfr. Vidigal, *Pressupostos*, pág. 9.

(18) Observa Galeno Lacerda que: “Diante do pedido, há que raciocionar no condicional, com juízos hipotéticos. Se verídicos os fatos narrados, existe lei que ampare a pretensão? Seria ele titular do direito que pretende e o réu sujeito passivo da eventual relação? As perguntas se fazem na hipótese, no pressuposto, de verazes as declarações de fato. Concede-se ao autor o máximo de credibilidade, para verificar-se, não se tem direito a sentença favorável, mas se não o desamparam questões prejudiciais, que tornariam inane e vã a prova do alegado” (*Despacho*, pág. 78).

(19) Trata-se de questão formulada em face da ação de conhecimento, pois, na execução não existe exame de mérito. Da mesma forma, quando se define ação como “*aspirazione ad una decisione di merito, ancorchè sfavorevole*” (Cherardelli, *Note*, pág. 97), pensa-se apenas nas cognitivas.

(20) Essa última questão parece ser a chave do intrincado problema das condições da ação. Será que o exame condicional do pedido pode implicar dilação probatória quanto a elementos fáticos? Se a qualidade de titular do direito alegada pelo autor é impugnada pelo réu, a apuração dessa circunstância configura exame do mérito? O mesmo ocorre se a admissibilidade do pedido pelo ordenamento jurídico depender da prova de determinados fatos? Ou, mesmo que tal ocorra, o pedido continua a ser considerado de maneira hipotética? Será possível que a instrução se limite ao exame do verdadeiro titular do direito, sem se preocupar com a real existência dele? Admite-se a análise das circunstâncias que tornariam juridicamente impossível a pretensão, sem se examinar os fatos que a fundamentam? O problema se resume no seguinte: as condições da ação resultam da mera afirmação ou da efetiva verificação dos fatos. Segundo Ada P. Grinover, “Liebman e Allorio demonstram, com bons argumentos, que as condições da ação devem efetivamente existir — não bastando sua afirmação — para que se possa julgar a lide” (*As condições*, pág. 52).

(21) Cfr. Bedaque, *Poderes*, pág. 33 e ss. v. tb. Liebman, *L'azione*, págs. 24 e 55.

(22) Sobre essa perspectiva de estudo do direito processual, cfr. Dinamarco, *Instrumentalidade*; especificamente sobre a ação vista pelo ângulo da instrumentalidade, Bedaque, *Poderes*, págs. 34 e ss.

(23) Cfr. Bedaque, *Poderes*, pág. 35, especialmente nota 65. Sobre as várias concepções de ação, c. tb. Andrioli, *Diritto processuale*, págs. 274 e ss., para quem a teoria abstrata não pode ser aceita porque “*smentita del diritto positivo*” e a concreta, por ser “*contrastante coi la realtà dell'esperienza processuale e con la stessa funzione giurisdizionale*” (pág. 284).

(24) Cfr. Bedaque, ob. cit., págs. 40/41. Como bem anota Humberto Theodoro Júnior, a prestação jurisdicional não configura simples assessoramento consultivo; pressupõe a existência de situação concreta a ser solucionada. Assim, a ação não é genérica, devendo o autor deduzir determinada situação da vida, idônea a ser objeto da atividade jurisdicional (cfr. *Pressupostos*, pág. 45).

(25) Mandrioli, *Corso*, pág. 53.

(26) Cfr. Dinamarco, *Execução*, pág. 202. Mandrioli, aliás, afirma que a ação é um direito parcialmente abstrato, “*in quanto postula un aggancio al diritto sostanziale*” (ob. cit., pág. 55). Dinamarco sustenta a natureza abstrata da ação, segundo a concepção de Liebman, pois não se considera a existência ou inexistência do direito subjetivo material (cfr. *Execução*, págs. 208 e ss.).

(27) Cfr. Dinamarco, *Execução*, pág. 20.

(28) É a posição de Couture, Liebman e Micheli, ao que parece, aceita por Ada P. Grinover (cfr. *As garantias*, pág. 76). Também já sustentei essa conclusão (cfr. *Poderes*, págs. 8/38).

(29) Tem razão, pois, Ada P. Grinover, que completa a idéia anterior: “A possibilidade de deduzir em juízo um direito, mediante a instauração do processo, reduzir-se-ia a bem pouco, se não se garantissem constitucionalmente os meios para obter pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido” (*As garantias*, pág. 76).

(30) Como bem pondera Ada P. Grinover: "Não se trataria, nesse caso, de mera constitucionalização do direito abstrato de ação, nem de qualificação, por normas formalmente constitucionais, das garantias já conferidas pela norma processual. Nem se poderia mais falar, a rigor, de simples pressuposto ou fundamento constitucional, sem relevância para a 'ação' em sentido processual. E a garantia constitucional seria suscetível de violação, não só no atinente a normas processuais, mas ainda com relação a normas substanciais" (As garantias, págs. 77/78).

(31) Revejo, nesta oportunidade, opinião externada no estudo **Poderes instrutórios do Juiz**, quando, adotando posição de Liebman, sustentei que o direito constitucional de ação é processualmente irrelevante. A garantia da ação, prevista na Lei Maior, não pode ser apenas o poder **vazio** de acesso à Justiça. Ao não admitir a exclusão da apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, o legislador refere-se, sem dúvida, ao poder de postular a tutela jurisdicional do Estado para determinada situação concreta. Essa também é a posição de Dinamarco (cfr. Execução civil, pág. 204).

(32) Cfr. Mandrioli, Corso, pág. 44.

(33) Segundo Mandrioli, as condições da ação "possomo essere consideratti, tutti insieme, como aspetti di un unico requisito o modo di essere della domanda e cioè di quello che potremmo chiamare la sua ipotetica accoglibilità" (Corso, pág. 45).

(34) Sobre o momento lógico desse exame, oportuna a observação de Galeno Lacerda: "Se, na ordem ontológica, o direito abstrato de ação precede a relação processual e é causa eficiente do processo jurisdicional de conhecimento, no plano lógico a investigação do juiz deve se iniciar pelo exame dos requisitos processuais, porque genéricos à boa constituição do processo e à sua adequação à lide, para, só após, descer a investigar as condições da ação, específicas para o caso concreto" (Despacho, pág. 60).

(35) As condições da ação são, pois, requisitos para que a demanda se mostre viável (cfr. Mandrioli, Corso, pág. 45).

(36) "La conclusione è insomma nel senso che l'esistenza del diritto di azione non può affatto dipendere dall'esistenza del diritto sostanziale, dalla quale esistenza si deve sicuramente 'astrarre'; ma, d'altra parte, l'esistenza dell'azione neppure può prescindere totalmente dal diritto sostanziale, poichè dipende della **affermazione** del diritto sostanziale nella domanda" (Mandrioli, Corso, pág. 55).

(37) Preciosa a lição de Dinamarco sobre a matéria (Execução, págs. 210/211).

(38) "La natura delle condizione è, infine, tale che il loro esame si avvicina sempre più a quello del merito, secondo la logica di un graduale accostamento, che diviene identificazione totale quando si ritenga che pure l'esistenza del diritto possa configurarsi como condizioni dell'azione" (Verde, Profili, pág. 133).

(39) Cfr. Dinamarco, Execução, págs. 213 e ss. Ada P. Grinover sustenta que, quando a impossibilidade decorre da **causa petendi**, caracteriza-se decisão de mérito (cfr. As condições, pág. 55).

(40) Assim Dinamarco, Execução, págs. 217/218; Ada P. Grinover, As condições, pág. 45/49. Vale ressaltar que Liebman, sem maiores explicações, suprimiu a possibilidade jurídica como condição autônoma (cfr. Manual, pág. 156).

(41) Somente assim pode ser aceita a conclusão de que "inadmitindo o ordenamento aquilo que o autor pretende, seja porque expressamente o veda, seja porque

não o prevê, a consequência é a mesma e a substância da sentença, quanto ao aspecto que se examine, será idêntica" (Eduardo R. Oliveira, Condições, pág. 42).

(42) Cfr. Mandrioli, Corso, pág. 47.

(43) A questão será discutida também com relação ao interesse. V. nota 53.

(44) Essa afirmação é demonstrada por Kazuo Watanabe, com absoluta clareza (cfr. Da cognição, pág. 63). Há quem sustente que, tratando-se de hipótese em que o legislador admite a providência, mas os fatos não levam à conclusão pretendida, verifica-se improcedência **prima facie**. É a denominada impossibilidade jurídica relativa ou de direito material, enquanto a impossibilidade como condição de ação encontra-se prevista em inciso autônomo. Só haveria impossibilidade jurídica quando relacionada ao pedido imediato (Humberto Theodoro Júnior, Condições da ação, págs. 46/48).

(45) Galeno Lacerda sustenta posição diversa. Para o ilustre processualista, mérito da ação é "a propriedade de o pedido do autor conformar-se ou não com o direito e, em consequência, ser acolhido ou rejeitado". Assim, todo juízo de valor sobre o pedido será sentença de mérito" (Despacho, pág. 83). Isto ocorre, segundo o autor, com a possibilidade jurídica e com a legitimidade. Somente a análise do interesse não configuraria exame do mérito.

(46) Dinamarco define interesse como a coincidência entre o interesse do Estado e do particular na atuação da vontade concreta da lei. Dele diz-se também que se trata de legítimo interesse e sem essa coincidência não há a legitimidade do interesse do particular em face do sistema jurídico. Falar apenas do 'interesse de agir' como condição da ação significa, portanto, dizer simplificada e por extenso, se chama legítimo interesse processual de agir (Execução, págs. 228/229).

(47) Cfr. Dinamarco, Execução, pág. 229.

(48) Assim Dinamarco, Execução, págs. 222/223.

(49) Cfr. Verde, Profili, pág. 129.

(50) Exatamente por não concordar com a análise das condições da ação **in statu assertionis**, Dinamarco, após ressaltar a dificuldade para identificar, **a priori**, as circunstâncias que caracterizam, em concreto, o momento em que se torna ineficaz a pressão psicológica exercida pelos preceitos de direito material, afasta a **lesão** ao direito como elemento caracterizador do interesse. Nas ações condenatórias e de execução, o ponto de referência seria a exigibilidade do direito, pois o inadimplemento ou a lesão são dados relacionados ao mérito (cfr. Execução, págs. 231/234). Pelo mesmo motivo, o autor critica o legislador constitucional, que, ao estabelecer a garantia de ação, refere-se à lesão ou ameaça a direito. O dispositivo expressaria idéia ligada à teoria civilista da ação (Fundamentos, págs. 46 e ss).

(51) "L'interesse ad agire sta dunque nell'affermazione, contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto" (Mandrioli, Corso, pág. 49). Mesmo sentido, Albuquerque Rocha, Teoria Geral, pág. 154.

(52) Também fica superada, ao que parece, a crítica formulada por Dinamarco, sobre não ser correta a referência ao inadimplemento como fato configurador do interesse de agir. Aliás, o eminente processualista aponta como exemplo típico de falta de interesse a hipótese do credor que propõe ação para receber, quando o réu se dispõe a pagar (Execução, pág. 227). Salvo engano, a ausência do interesse não decorre da inexigibilidade do crédito, mas do não inadimplemento do devedor. Também no exemplo da justa causa, no processo penal (Execução, pág. 223).



Somente se trata de questão relacionada ao interesse enquanto a análise é feita à luz da descrição contida na denúncia ou na queixa. Eventual dilação probatória implicará exame do mérito.

(53) Registre-se que Calmon de Passos, para quem a ação é incondicionada, a hipótese do artigo 295, parágrafo único, II, configura improcedência **prima facie**: "Desde logo o juiz percebe que o autor, ainda quando provasse os fatos narrados, jamais lograria acolhimento para o seu pedido. E é essa constatação que conduz à inépcia, já apontada como um julgamento preliminar de mérito, sem que essa opinião constitua qualquer absurdo ou extravagância" (Comentários, pág. 203).

(54) "Profilandosi il processo come una fonte autonoma di bene, il pericolo di un inutile provvedimento 'e eliminato dal semplice verificarsi delle condizioni di fatto, cui la possibilità di esercitare delle azioni in giudizio 'e collegata" (Andrioli, Diritto processuale, pág. 312).

(55) Essa situação "meramente asserita e non sicuramente esistente" (Fazzalari, Istituzioni, pág. 115) é que a doutrina brasileira aponta como reveladora do interesse processual.

(56) É a posição de Fazzalari, para quem a situação legitimante das partes determina "in limine litis, contemplando, in ipotesi e a futura memoria, quello che, secondo il richiedente, dovrebbe essere il provvedimento giurisdizionale emanando del magistrato" (Istituzioni, pág. 134). Assim também Albuquerque Rocha, Teoria Geral, págs. 149/150 e Nomeação à autoria, pág. 22.

(57) Por isso Mandrioli afirma: "si possono far valere soltanto quei diritti che se affermano como diritti propri e la cui titolarità passiva si afferma in capo a colui contro il quale si propone la domanda" (Corso, pág. 50).

(58) Nesse sentido, Ary de Almeida Elias da Costa, A legitimidade, págs. 32/34.

(59) Cfr. Fazzalari, Note, págs. 133 e ss.. O autor, aliás, considera a legitimidade ativa como sendo o poder de praticar atos processuais até o provimento final, ou seja, consiste na titularidade de poderes, faculdades e deveres processuais. Daí concluir que também o réu tem legitimidade ativa. Contesta a definição de legitimidade como o poder de provocar a decisão de mérito. Primeiro porque a ação não se limita a um único poder. Além disso, é uma resultante, não um componente da situação substancial, não integrando as condições da ação. Nesse sentido, só haveria legitimidade ativa no processo, pois a passiva existe para aquele que deve suportar os efeitos do provimento judicial. Para tanto, a **situação legitimante** não é aquela **afirmada** pelo autor, mas a reconhecida pelo juiz. Assim, enquanto a legitimidade ativa é pressuposto de desenvolvimento do processo, a passiva está relacionada com a sentença de procedência (cfr. Note, págs. 133/137).

(60) "sotto questo riflesso non mi pare dubbio che, comun que sia presente (o quindi anche allo stato di asserzione e d'ipotesi), lo schema del diritto soggettivo sia indispensabile al processo, in quanto serve, da un canto, por presentare, per prendere e per accertare la ragione e il torto, dall'altro, e in corrispondenza per legittimare i protagonisti del rito civile alle relativa attività processuale" (Fazzalari, Note, pág. 153).

(61) Nesse sentido, Fazzalari, Note, pág. 160.

(62) Assim, Barbosa Moreira, Legitimação, pág. 200. Por não atentar para esse ponto, alguns acabam confundindo os conceitos de legitimidade e de titularidade do direito material alegado (cfr. Reimundin, Los conceptos, pág. 120).

(63) Já se decidiu que a não correspondência entre os fatos narrados e o pedido formulado pode levar ao indeferimento da inicial por inépcia (art. 295, parágrafo único, II), ou por ilegitimidade (art. 295, II) (cfr. Rev. Bras. Dir. Processual, Forense, vol. 56, págs. 125 e ss.).

(64) Como bem pondera Kazuo Watanabe, a conclusão de que o credor é outro constitui "apenas o fundamento para negar o direito afirmado pelo autor, pois esse é o objeto litigioso do processo em julgamento" (Da cognição, pág. 64).

(65) A legitimidade "è un aspetto che viene in rilievo già al momento della proposizione della domanda giudiziale. 'E già in questo momento che il giudice deve chiedersi se il provvedimento richiesto, ammesso che si fonda la domanda giudiziale, possa essere concesso ai favore dell'attore e contro il convenuto. Se al quesito il giudice dà risposta positiva, possiamo dire che la domanda è stata proposta da persona legittimata (attivamente) e contro persona legittimata (passivamente) (Verde, Profili, pág. 130).

(66) Sobre essa proximidade, cfr. Verde, Profili, págs. 132/133. Há quem considere a decisão sobre condições da ação como sentença de mérito (cfr. Breno M. Mussi, As condições, págs. 43 e ss.).

(67) Para a compreensão do tormentoso problema das condições da ação é fundamental o estudo de duas obras, cujos autores trataram do tema com profundidade: Execução civil, de Cândido Dinamarco e Da cognição no processo civil, de Kazuo Watanabe.

## Bibliografia

Alvim Netto, José Manoel de Arruda, Manual de direito processual civil, vol. I, RT, 1977.

Andrioli, Virgilio, Diritto Processuale Civile, vol. I, Napoli, Jovene, 1979.

Barbosa Moreira, José Carlos, Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial in Temas de Direito Processual, Saraiva, 1977. Sobre pressupostos processuais, in Temas, Quarta série, Saraiva, 1989.

Bedaque, José Roberto dos Santos, Poderes Instrutórios do Juiz, RT 1991.

Costa, Ary de Almeida Elias, A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência, Coimbra, Livr. Almedino, 1965.

Dinamarco, Cândido Rangel, Fundamentos do processo civil moderno, RT, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed.; Execução civil, 1.<sup>o</sup> vol., RT, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed.

Fazzalari, Elio, Istituzioni di diritto processuale, Padova, Cedam, 1975; Note in tema di diritto e processo, Giuffrè, Milano, 1957.

Gherardelli, Giuseppe, Note sulla Struttura e sulla funzione delle c.d. condizioni di proponibilità della domanda, in Revista di diritto processual, Padova, CEDAM, 1981, n. 1.

Grinover, Ada Pellegrini, As condições da ação penal, José Buschatsky Editor, São Paulo, 1977; As garantias constitucionais do direito de ação, RT, São Paulo, 1973.

Lacerda, Galeno, Processo cautelar in REPRO 44/186; Despacho saneador, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985. Manual de direito processual civil, vol. I Forense, trad. bras.

Liebman, Enrin Tullio, Manual de direito processual civil, Forense, trad. bras. 1984, v. 1. L'azione nella teoria del processo civile, in Problemi de Processo Civile, Milano, Morano Ed.

Mandrioli, Crisanto, Corso di diritto processuale civile vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. Grappichelli Ed., Torino.

Mussi, Breno Moreira, As condições da ação e a coisa julgada in REPRO 12/45, jan/mar, 1987.

Oliveira, Eduardo Ribeiro de, Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido in REPRO 46.

Passos, J. J. Calmon de, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, Forense, 1.<sup>a</sup> ed.

Reimundin, Ricardo, Los conceptos de pretension y accion en la doctrina actual, Victor P. Zavalia Ed., B. Aires 1966. Nomeação à autoria, Saraiva, 1983.

Rocha, José Albuquerque, Teoria Geral do Processo, Saraiva, 1991;

Santos, Ernani Fidelis dos, Manual de direito processual civil, vol. II, Saraiva, 1986.

Santos, Moacyr Amaral, Primeiras linhas de direito processual civil, 1.<sup>o</sup> vol., Saraiva, 1977.

Theodoro Júnior, Humberto, Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa in REPRO 17/41.

Tornaghi, Hélio, A relação processual penal, Saraiva, 1987.

Verde, Giovanni, Profili del processo civile, parte generale, Jovene ed., Napoli, 1978.

Vidigal, Luís Eulálio de Bueno, Pressupostos processuais e condições da ação in Rev. Dir. Proc. Civil, vol. VI, 1967.

Watanabe, Kazuo, Da cognição no processo civil, RT, São Paulo, 1987.